N.° 7

✠

JESVS, MARIA, Y JOSEPH,

POR

DOÑA INES BAZAN,

VIVDA DE

D. JVAN ESTEVAN DE OLLO,

CAVALLERO DE EL ORDEN DE SANTIAGO,

Governador, y Capitan General de la Provincia de Cicacica en Indias.

CON

LA CASA DE LA MISERICORDIA,

Y OTROS.

1 EL PLEYTO DE ACREEDORES, à los bienes de Don Estevan de Echeverria, Alonso Garcia del Villar, y Don Juan Estevan de Ollo, se à hecho memorial ajustado por los Relatores, en lo que toca à el articulo, intentado por Doña Inès Bazan, sobre la paga de su dote, y aumento de ella, que por razon de alimentos reciviò su marido, y respecto de componerse de muchos papeles, es preciso hazerse cargo de referir los necessarios; advirtiendo, que dizen bien los Relatores, que el todo, ò lo mas del articulo consiste en la escritura de venta, que à favor de Don Juan Estevan de Ollo, otorgò Alonso Garcia del Villar, en 21. de Septiembre del año passado de 1677. ante Francisco Antonio de Sossa, Escrivano publico de Sevilla, que està al fol. 271. del 1. Ram. y adelante se expressarà.

2 Formòſe eſte concurſo, à los bienes de Don Eſtevan de Echeverria, Alonſo Garcia del Villar ſu albazea, y tenedor de ellos, y Don Juan Eſtevan de Ollo, heredero, y legatario de vnas haziendas de campo termino de la Villa de Coria. Los creditos de los Acreedores, parte ſon cenſualiſtas, ſobre las fincas concurſadas, y parte legatarios; y para poder fundar los puntos de derecho, es preciſo prevenir lo ſiguiente.

3 Lo primero que en 18. de Mayo, de 1674. muriò Don Eſtevan de Echeverria, vajo de la diſpoſicion, teſtamento, y codicilos cerrados, que ſe abrieron, y publicaron con la ſolemnidad de derecho, è inſtituyò por ſu heredero, y albazea à Don Juan Eſtevan de Ollo, de edad de diez y ſiete años con poca diferencia: tambien dexò por ſus albazeas, al Lizenciado Don Eſtevan Garcia de Guevara, Cura, y Beneficiado de la Igleſia Parroquial de San Bartholome, que no vſò de el albazeazgo, y à Don Ignacio Mongaburu, que ſe deſiſtiò del, y à Alonſo Garzia del Villar, Familiar del numero del Santo Oficio de la Inquiſicion, el qual como dependiente de la caſſa del Don Eſtevan de Echeverria, y agente de todas las dependencias, quedò por tenedor de todos los bienes, y caudal de la diſpoſicion, como conſta de toda la ſerie de los autos.

4 Lo ſegundo que en vna de las clauſulas del teſtamento, haze legado à Don Juan Eſtevan de Ollo, de las haziendas de campo, y cortijo del Sequero, que tiene en termino de Coria, y tambien de todas las caſas, que le pertenezen en la miſma Villa. Deſpues por otra clauſula le inſtituye por heredero vniverſal de todos ſus bienes, ſin hazer mencion del legado.

5 Lo tercero que el dia 2. de Diziembre del miſmo año de 1674. Don Miguel de Ollo, Padre de Don Juan Eſtevan de Ollo, vende à Alonſo Garzia del Villar las haziendas de campo, cortijo, y caſas referidas de Coria en precio de 42ꝟ ducados de vellon por eſcritura, ante Geronymo de Guevara, Eſcrivano publico de Sevilla, que ſe expreſſa al fol. 121. del 2. Ram. con el cargo de los tributos, y obligaciones, à que eſtavan afectas, y ſe mencionan en ella; concurriendo à la venta, con ſu Padre, Don Juan Eſtevan como heredero de Don Eſtevan de Echeverria ſu tio, y ſe obligan Padre, è hijo à la firmeza, y ſeguridad deſta venta.

6. Lo

6. Lo quarto, y vltimo que despues por el año de 1677. Alonso Garzia del Villar, vende à Don Juan Estevan de Ollo, las mismas fincas, y otras diferentes casas en esta Ciudad, de que otorga la segunda escritura, con el mismo cargo, obligaciones, y tributos, y otros que les avia impuesto, constante la tenencia, y possecion de ellas, y con las obligaciones de diferentes legados, entre los quales està el de 8U. ducados, al Beatorio de mugeres incurables, de que es Patrona la casa de la Misericordia. Consta al fol. 280. del 1. Ram. y entre las clausulas, conque se haze la obligacion, està la que se sigue.

7. *Item se vajan 88U. reales de vellon, que ha de pagar al Beatorio, que se fabrica en el Pozo Santo desta Ciudad, y à quien por el los huviere de aver, los quales yo le devo por los mismos, que le mandò el Señor Don Estevan de Echeverria, Cavallero que fue del Orden de Santiago, por la clausula de su testamento, de quien yo fui albazea, y tenedor de bienes, y quedaron en mi poder en la quenta, que ajustè con Don Miguel de Ollo, Padre del dicho Don Juan Estevan de Ollo, heredero del dicho Señor Don Estevan de Echeverria, y respecto de no aver yo satisfecho la dicha partida, es à mi cargo, y de mis bienes, y con el hago esta venta; advirtiendo que el dicho Don Juan Estevan ha de cumplir con la dicha manda, segun la hizo el dicho Señor Don Estevan y el vajarseme de este precio los dichos 8U. ducados, es por averlo yo dado en data en la dicha quenta.*

8. Y esta venta le haze en precio de 927U900. reales que dixo Alonso Garcia del Villar, era el valor, que tenian todas las casas, y haziendas, de que se componia la venta, los quales le paga Don Juan Estevan de Ollo, con el importe de los tributos, y obligaciones, que sumaron ~~373U678.~~ reales, y el resto de la + 554D222 demasia, hasta los 927U900 reales, con los alcançes que se le hizieron en las quentas, que como albazea, y tenedor de bienes, se le avian tomado; como parece de la clausula del fol. 283. 1. Ram. que dize assi.

9. *Todas las quales dichas deudas, y obligaciones, quedan à cargo del dicho Don Juan Estevan de Ollo, por averse vajado del dicho precio, el qual queda reducido à 373U678 reales, de la dicha moneda, que tambien quedan en su poder en pago, y satisfacion de los 14U892 pesos de plata en oro, en que el susodicho me ha alcançado, en la quenta final*

que me ha tomado, como à tal tenedor de bienes, en virtud del poder de dicho su padre, los quales reducidos à vellon, à razon de 24 reales segun el corriente, montan 357U408 reales, y assi mismo en satisfacion de los 16U170. de vellon, en que assi mismo fuy alcanzado por la dicha quenta, la qual apruebo, y ratifico, y en la dicha forma me doy por entregado del dicho precio de los dichos bienes à mi voluntad, y renuncio el poder, decir, ni alegar, que esto no fue, ni passò assi, ni otro remedio, que impida la execucion de esta escritura, y en especial renuncio las leyes de la pecunia, prueba de la paga, como en ellas se contiene, y declaro, que todos los dichos bienes van vendidos por su justo precio, y que no valen mas, y si algo mas valen de la demasia, en qualquiera cantidad, que sea, hago gracia, y donacion irrevocablemente, al dicho Don Juan Estevan de Ollo, para no pedirle la demasia en ningun tiempo por via de restitucion, engaño, ni otra forma; y renuncio las leyes del engaño mayor, y menor.

10. Y prosigue la clausula, con las demas renunciaciones de leyes, y estilo; y concluye: *Y desde oy, dia de la fecha de esta carta en adelante, para siempre me desapodero de las dichas haziendas, casas, y tributos, y de todo el poder, derecho, y accion, que à ello tengo, en lo qual apodero, y entrego al dicho Don Juan Estevan de Ollo, para que sea suyo, y como tal lo pueda tener, y gozar, y disponer de ello à su voluntad.*

11. Estando en las casas de la morada de Alonso Garcia del Villar el menor de 21 años, Don Juan Estevan de Ollo, acepta esta escritura con intervencion de Juan de Ribas Sanchez, su curador ad litem, que dixo ser, sin referir aversele discernido el cargo para este efecto, y en virtud de vn poder general, que le otorgò Don Miguel de Ollo su padre, en la Ciudad de Pamplona del Reyno de Navarra, à 10. de Noniembre del año passado de 1676. por ante Pedro Bagola, Escrivano publico, para tomar, pedir, y fenezer las quentas del albazeazgo, recevir, y cobrar los alcances, que hiziesse, y dar cartas de pago dèl, seguir pleytos contra qualesquier deudores, y cobrar de ellos las cantidades, que por razon de heredero de Don Estevan de Echeverria su tio, se le deviessen, atento à no poder passar à Sevilla por sus achaques, el qual se inserta à la letra, y no tiene clausula para la compra de las haziendas, ni otra alguna, que pueda conduzir para semejante aceptacion. Y sin mas que este poder, se obliga

obliga el menor, à cumplir en el todo las cargas, y gravamenes, conque assi se le venden las referidas fincas, con todos sus bienes avidos, y por aver. Y no ay otra obligacion de Don Juan Estevan de Ollo, à favor de los acreedores, tanto censualistas, como legatarios.

12. En 10. dias del mes de Noviembre de 1680. años el Señor Don Garcia Fernando Bazan, y Doña Ines Bazan, su hija, viuda de Don Juan de Guzman, y Zuñiga, y el Don Juan Estevan de Ollo, y Echeverria, Cavallero del Orden de Santiago, otorgan la escritura de capitulaciones matrimoniales con ciertos pactos, y condiciones, y dos mil ducados de pena al que faltare a ellas, para el matrimonio, que avian de contraer Don Juan Estevan, y Doña Ines Bazan, la qual ofrece llevar por su dote, y caudal conocido, 3ꝟ. pessos de plata, en joyas, y plata labrada, 10ꝟ. ducados de vellon en alhajas, y bienes muebles, que estavan en poder de Doña Ines Bazan, y el Señor Don Garcia, le manda à su hija por mas aumento de dote 500. pessos de plata, y 1ꝟ. ducados de vellon, para luego que se efectue el matrimonio.

13. Itambien se capitula, que el Señor Don Garcia, durante su vida, le ha de dar à su hija por mas aumento de dote 800. ducados de alimentos, que ha de cobrar de sus bienes, y de lo mejor, y mas bien parado de las rentas de los mayorazgos, que goza, en que sucede despues de su vida, quedando à eleccion de Don Juan Estevan de Ollo, el cobrarlos de los bienes del Señor Don Garcia, ò de las de hessas de los mayorazgos, que por menor se refieren en la escritura; cuyas rentas son de grande consideracion. Consta que tubo luego efecto el matrimonio, tambien consta, que por el testamento, que otorgò Don Juan Estevan de Ollo, en la Ciudad de la Santissima Trinidad, puerto de Santa Maria de Buenos-Ayres, en Indias en 24. de Março de 1711. haze la declaracion, que està al fol. 84. del 3. Ram. que à la letra es como se sigue.

14. *Declaro, que quando contrage matrimonio, trajo à èl la dicha mi muger por caudal suyo que le diò su Padre 20ꝟ. ducados los quales recevì del Señor Don Fernando Garcia Bazan, del Orden de Alcantara del Consejo de su Magestad, en el Supremo de Castilla, y Capellan mayor de las descalzas Reales, mi Señor, y mi Padre, y yo otorguè de ellos*

ellos recibo, y carta de dote ante Geronymo de Guevara, Escrivano Publico de Sevilla, que tenia su Oficio frente de la Lonja, à que me remito; declarolo assi para que conste.

15. Se ha probado en esta instancia por parte de Doña Inès Bazan, con mucho numero de testigos de mayor excepcion, y entre ellos Presbiteros, y personas de calidad, la entrega de la dote assi en alhajas, como en la plata labrada, y joyas, especificandolas por menor; y tambien que el Sseñor Don Garcia Bazàn, le diò a Don Juan Estevan de Ollo los 500. pesos de plata, y 1ꝟ. ducados de vellon, demas de vna carroza nueva, que estrenò el dia de la boda, y que le diò assi mismo los alimentos de 800. ducados en cada vn año durante su vida, y vna esclava para que le sirviesse; como se refiere en el memorial, y que las alhajas, plata, y joyas, las distribuyò Don Iuan estevan para su apresto, à los Reynos de las Indias, à el Govierno de Cicacica, de donde traìa el caudal, que està depositado. Esta probanza se refiere en el memorial de los Relatores, y assi consta con otras individualidades, que conduzen à la prueba.

16. Por parte de la casa de la Misericordia se ha presentado para fomento de su accion vn testimonio de vna executoria, que obtubo ante el Iuez de testamentos el año de 1687. y lo que del consta es; que estandose siguiendo en aquel juzgado los autos contra Alonso Garzia del Uillar, y Don Estevan Garcia de Guevara, albazeas de Don Estevan de Echeverria; sobre que cumpliessen el testamento, mandas, y legados pios, que este hizo, se saliò à los autos por la casa de la Misericordia, el año de 1683. y se pidiò, que para la imposicion de los 8ꝟ. ducados de principal, se vendiessen las casas de la calle del vidro, haziendas de Coria, y cortijo del Sequero, mencionadas en la escritura; en cuya ocasion se saliò à los autos por Don Juan Estevan de Ollo, en 20. de Mayo del mismo año de 83. allanandose à hazer la imposicion sobre las mismas fincas lo qual se consintio por la casa, y aviendo hecho la escritura, el Don Iuan Estevan, con sola la obligacion de casas, y haziendas, sin otros bienes, y por ante vn Escrivano publico de Sevilla, se movieron diferentes articulos por la casa de la Misericordia, que los que conduzen al punto de este pleyto, son estos.

17. El primero, que la escritura se avia de otorgar ante

Ber-

Bernardo Garcia, Eſcrivano publico de Sevilla, donde paſſavan todas las dependencias de la caſa. El ſegundo, que la obligacion avia de ſer, no ſolo de los bienes raìzes referidos, ſino es de todos los avidos, y por aver de Don Iuan Eſtevan, y el tercero que ſe avia de obligar à pagar los corridos del cenſo deſde el dia de la muerte de Don Eſtevan de Echeverria ſu tio.

18. Eſtos ſe ventilaron ante el Ecleſiaſtico, y por tres ſentencias conformes en grado de apelacion fue condenado Don Iuan Eſtevan de Ollo en ellos, y otorgò la eſcritura ante Bernardo Garcia, en la forma ſobre dicha.

19. Eſte es el hecho breve del pleyto, y para poder fundar las defenſas de Doña Ines Bazan le dividirèmos en quatro articulos.

20. El primero: que las eſcrituras otorgadas, la vna por Don Miguel de Ollo, y Don Iuan Eſtevan de Ollo ſu hijo, en dos de Diziembre de 1674. à favor de Alonſo Garcia del Villar: y la otra por eſte en 21. de Septiembre de 1677. à favor de Don Iuan Eſtevan, fueron nulas, y no pudieron gravar al menor para q̃ quedaſſen obligados ſus bienes avidos, y por aver.

21. El ſegundo, que Doña Ines Bazan ha provado cumplidamente, que Don Iuan Eſtevan reciviô la dote, y cantidades ofrecidas por augmento de ella.

22. El tercero, que mediante la Iuſtificacion, deve tener preferencia en los bienes de ſu marido.

23. El quarto, que no le puede obſtar la executoria del Ecleſiaſtico, para la preferencia: por no poderſe entender con Doña Ines Bazan, ni embarazarle al privilegio de ſu dote.

ARTICVLO I.

QVE LAS ESCRITVRAS OTORGADAS, LA VNA POR Don Miguel de Ollo, y D. Juan Eſtevan de Ollo ſu hijo, en 2. de Diziembre, de 1674. à favor de Alonſo Garcia del Villar, y la otra por eſte en 21. de Septiembre de 1677. à favor de Don Juan Eſtevan, fueron nulas y no pudieron gravar al menor, para que quedaſſen obligados ſus bienes avidos, y por aver.

24. Prohibirſe al menor, los contratos, tam activè, quam paſſivè, ſin las ſolemnidades neceſarias; es tan legal, como incõtrovertible: por no tener en la menor edad pleno conſejo, y

como dixo Vlpiano, *in l. 1. ff. de minorib. fragile esse, & infirmum huiusmodi ætatum consilium, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum.* De que resultò el proveer à los menores de tutor, y curador.

25. Y quando con intervencion de estos, puedan celebrar contrato, que exista valido en derecho, se à de discurrir por verosimilitud; respecto de que las leyes hablan generalmente en el punto de la nulidad: nuestro Justiniano al *§. Authoritas, de Authoritat. tut.* dixo, que en los casos, que interviene la authoridad del tutor, serà valido el contrato, si del se sigue vtilidad evidente al menor, y de lo contrario se le prohive; *quia tunc verosimile est, quod male agit*; prometiendo sin vtilidad conocida dando, ò arresgandose en qualquier genero de contrato, *ex §., nunc admonendi, Instit. quib. alienar. licet, vel non.* como vender, comprar, y recevir en arrendamiento.

26. Qual sea la vtilidad, que en contratos tales aya de assistir, no ay duda, que asi como si, sin la authoridad del tutor, los hiziera el pupilo, y por ellos quedara mas prospero; estava obligado. *l. 5. §. 1. ff. de rescind. vendit*; asi tambien se deve entender, que la vtilidad en los semejantes ha de ser tal, *vt per illos contractus fiat loclupectior*: quando aun en la addicion de las herencias, aunque lucrosas, solo porque puede no seguirse vtilidad completa, respecto de los pleytos, y gastos, precisa la authoridad del tutor, vt est text. notabilis. *l. minoribus 25. annis ff. de minorib.*

27. Son las solemnidades precisas en los contratos de los menores: la authoridad del curador, à quien formalmente se aya discernido el cargo, con juramento, y aceptacion: la informacion de vtilidad, y la licencia del Juez competente, para su celebracion: insertandose tan necessarias circunstancias en los instrumentos, que otorgan, sin las quales, es de ningun valor, ni efecto la escritura; como se previene en la *l. 4. tit. 5. part. 5. &* D. Gregor. Lop. *in glos.* y juntando todos los requisitos expressados Anton. Gom. *tom. 2. variar. cap. 14. n. 13. ibi: Item quæro an, & quando in alienatione rerum minoris, requiratur decretum. In quo articulo magistraliter, & resolutivè dico; quod in alienatione rerum immobilium, semper requiritur decretum, licentia, & authoritas Iudicis, quod devet præcedere, & interponi ex iusta causa, puta æris alieni*

ni, alimentorum, vel ex simili causa, & devet legitime probari, ET INACTIS PER TABELLIONEM REDIGI, & non sufficit eius simplex asertio, alias non valet contractus, sed est ipso iure nullus, & potest res vindicari à quolibet possesore, ac si nullus contractus vel alienatio praecesisset. Que siguen todos, quos refert Ayllon in Add. y con especialidad, quando se tratan de enagenar bona immobilia, quæ servando, servari possunt ex D. Olea *de cesion. iur. tit. 2. quæst. 1. n. 1 & 2.* Y lo mismo se dispone por la *l. 18. tit. 16. part. 6.* y prueba Hermosill. *glos. 2. in dict. l. 4. tit. 5. part. 5. n. 1.*

28. Es nulla la venta de las haziendas, y casas de Coria contenida en la primera escriptura de el año de 1674. por el defecto de informacion de vtilidad, y licencia del juez; solemnidades extrinsecas del acto, de quibus en terminos de enagenacion de bienes Eclesiasticos Redoan. *de reb Eccles. non alien. quæst. 39. in princ.* And. Gail. *pract. lib. 2. observat. 161. n. 2.* las quales nunca se deben presumir aver intervenido por ser en perjuicio del menor, vt ex jurisconsulto Gaio, *in l. quæcumque 13. §. fin ff. de publician. in rem act.* Y por esso dixo Abendaño *de censibus cap. 83. n. 3.* que estas solemnidades, no se han de probar ab extra del instrumento, sino que han de constar expressamente de la escritura: alias no serà instrumento valido.

29. Y aunque es mucho lo que suplen los derechos, interviniendo en los contratos de los menores, la authoridad de su padre, por que es mayor el cuydado de los padres en los negocios, y conveniencias de sus hijos, que en los proprios, *cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur. l. isti quidem 8. in fin. ff. quod metus causa.* Y nunca el padre se presume, que toma resolucion, ni consejo, que estè mal à sus hijos, *quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capiat.* ait I. C. *in l. neque in ea 22. ff. ad l. Iul. de adulter.* Iunctis, quæ eruditè refert Valencia *tract. illust. iur. lib. 3. tract. 2. p. 1.* Y siempre se presume, que el padre quiso hazer lo que mas convenia à sus hijos, ex Alciat. Menoch. *lib. 4. præsumpt. 96. n. 25.* Lo demàs fuera proceder *contra stimulos naturales*, como dixo el Consulto *in l. amicissimos 36. §. 1. ff. de excusat*; y en nuestra hipothesis con mas razon procede la presuncion, respecto de que no solo es negocio proprio del hijo, sino del padre; porque avia de aver el vsufructo

de

de las haziendas, y casas, *& sic vltra afectionem paternam concurrebat sui ipsius commodum*, como discurria Paulo Montano *de tutor. cap 28. n. 111.*

30. Sed nihilominus tamen; como las leyes referidas hablan en terminos de presuncion, erga parentes, y assi lo prueban los Autores; y las solemnidades extrinsecas no las suple el derecho, *& praecedere devent in instrumento, & constare precisse*, aver intervenido, *vt ex* Avendaño *dict. cap.* 83. y no aviendolas, ni pudiendo el padre celebrar el contrato sin ellas, *ex l.* 3. *C. de praed & aliis reb. minor sine decret. non alienand. vel obligand.* ibi: *cum emancipatis vobis praedium acquisitum foret, alienari à patre, eodemque curatore, sine praesidis authoritate non potest.* Y prueba Antonio Perez *in Cod. lib. 5. tit. 71. n. 6. vers. sed quaeritur*, ibi: *an pater curator datus filio suo, posit alienare res filij? Et Imperatores hic rescripserunt; sine praesidis authoritate non posse* Et text. *in l. 7. §. 2. ff. de reb. eorum*, que es caso no tan rigoroso, como el de la formal enagenacion, pues consistiò la pregunta, que se hizo à Vlpiano; queriendo obligar vn padre los bienes de su hijo à vna deuda; *an praetor adeundus sit, si obligare velit?* Y respondiò: *& magis est, vt deveat.* Ni pudiendole favorecer la commodidad que el padre tenia en el vsufructo de los bienes del hijo; mediante que las solemnidades fueron prevenidas para las enagenaciones, en que no tenia el padre propriedad alguna; porque avia de dexarla libre para el hijo, *vt in §. igitur* Instituta *per quas person nob. acquirit.* No pudo la intervencion del padre, darle validacion à la escritura de venta, por sola su authoridad, sin las solemnidades referidas; porque son tan precissas, que aunque concuriesse la licencia del Juez, *adhuc manebat pupillo actio, si postea potuerit probari obreptum esset praetori, l. 1. §. 2. in fin. ff. de reb. eor.*

31. No consiste la nulidad solo en el defecto de las referidas intervenciones: porque no es menos la disposicion de derecho, que prohibe à Alonso Garzia del Villar la compra, por ser el vnico albazea, que avia quedado, administrador, y tenedor de todos los bienes, y caudal de toda la herencia, *in l 46. ff. de contrah empt. Non licet ex oficio, quod administrat, quis emere, quid, vel per se, vel per aliam personam; alioquin non tantum rem amittit, sed in quadruplum convenitur, secundum constitutionem Severi, & Antonini*; porque esta prohibicion de comprar el administrador, al-

albazea, ò tenedor de bienes, que assi los consideran los Authores, que glossan las leyes del Reyno, scilicet *l. 4. tit. 5. part. 5. l. 23. tit. 11. lib. 5. novæ Recop.* inter quos Matienzo *glos. 1. n. 1.* ibi: *Nota ex ista lege, tutores, vel curatores minorum, executores testamentorum, æconomos, vel alios administratores quoscumque, non posse emere bona eorum, quorum administrationem gerunt.* Carpio *de execut. testam. lib. 3. cap. 3. n. 44.* le extiende hasta à aquellos albazeas, y administradores, à quienes, ò ya por las clausulas de estilo de los testamentos, o ya por los titulos de administracion, se les concede facultad para vender, como prueban D. Salgado. *1. p. labyr. credit. cap. 13. §. 2. n. 4.* Et D. Olea cum multis, tan Regnicolis, quam exteris, *tit. 5. quæst. 13. n. 7. de cesion. iur.*

32 Y si se dudasse si huvo causa para la venta; mediante la diferencia, que ay inter alienationem voluntariam, & necessariam; quia hæc prohibita non censetur, ex iuribus supra adductis, que junta, y refiere Arias de Mesa *lib. 3. variar. cap. 26. & 27. per tot.* relatum à D. Olea *tit. 2. quæst. 2.* question, que no subsana el defecto de solemnidades, por comprehenderse en la informacion de vtilidad, que antes se avia de dàr para mover al Juez à conceder el decreto, ò licencia de la venta: no obstante se satisface con el mismo hecho fundado en las quatro especies de necessidad, que refiere Menoch. *de arbitrar. lib. 2. Cent. 2. cas. 182. n. 21. nempe fatalis, naturalis, data opera, & legalis*; porque ninguna de estas precisaba al menor para la enagenacion.

33 No la fatal, *quæ in casu ex facto evenit, vt cum quis in latrones in fortuitu incidit*; pues esta no acadeciò; ni la segunda, *quæ naturalis dicitur, vt edere bibere, vestibus indui, domum ruynosam reparare, tributa persolvere*: respecto de que tenia caudal para mantenerse (aun sin la herencia) con solo los alimentos, que le podia dàr su Padre, y por lo que mira à las fincas, estaban reparadas, y pagados los tributos, à que entonces se hallaban afectas, è importaban 70U440 reales y 25. maravedis de principal, que de renta perpetua hazian 2U348. reales y quartillo en cada vn año, y valiendo 42U. ducados, en que se vendieron, quedaron liquidos para el menor, bajados los 70U440. reales 391U560. reales de los quales no perciviò cosa alguna. Con que no solo no huvo causa necessaria, sino que al contrario se le defraudò en vna porcion tan considerable: maxime teniendo caudal de la

 dis-

disposicion Alonso Garcia del Villar como tal albazea, para pagar los legados, assi de la Casa de la Misericordia, que consta de la clausula supra inserta *n.* 7 como de Doña Luisa Torrado, dotes, memoria de Missas, que refiere en la segunda escritura desde el fol. 281. hasta el 283. del 1. Ram.

34 La tercera causa de necessidad, *quæ culpabilis, seu data opera apellatur, est cum quis prodigaliter vivendo omnia profundit, & evertit*: esta no la tienen los Authores por propria especie de necesidad, como dize el mismo Menochio *dict. cas.* 128. *n.* 37. pero aunque assi fuesse, Don Juan Estevan de Ollo no tuvo tiempo de desipar el caudal, ni divertir las cantidades, con que estaba grabada la herencia, de dotes, y legados; porque no se le entregaron; mediante el aver estado siempre en poder del albazea. Consta esto de toda la segunda escritura otorgada el año de 1677. que duplicada està en los autos; y assi aunque se colocasse esta especie entre las causas necessarias, no concurriò. La quarta especie dicitur legalis, *quæ à legis dispositione causatur, vt est quando lex iubet patrem filiam dotare*, y no huvo tal necessidad. Vnde evenit; quedar satisfecha la duda, y con esta satisfaccion, probada otra nulidad de la escritura, que es la de defecto de causa para la venta.

35 La segunda escritura contiene mas nulidades; porque aunque es de compra, y vemos en la oracion de Divo Severo (*de qua in l.* 1. *& tot. tit. ff. de reb. eorum*) la proposicion, que hizo al Senado, inquiens: *præterea patres conscripti interdicant tutoribus, & curatoribus, ne prædia rustica, vel suburbana distrahant.* No empero les prohibiò, que comprassen los predios, antes bien entre las principales obligaciones del oficio de los tutores, ò curadores, es el empleo del dinero de sus menores, y que con èl compren bienes, raìzes, sin que para esto veamos, que les obligue el derecho à solemnidad alguna *l. tutor, qui reportorium 7. ff. de administrat. tutor. l. tutores* 24. *C. eodem*, & ibidem communiter repetentes, & quæ cogerunt D. Covarr. *variar. lib* 3. *cap.* 2. *n.* 1. Baeza *de decim. tutor. cap.* 2. *n.* 92. Gutier. *de tut. p.* 2. *cap.* 9. *in prin.* Montan. *de tutor. cap.* 23. *n.* 192.

36 Y la razon consiste en la distincion, que ay entre el empleo, y la enagenacion. Para esta como era perder los bienes; justamente se introduxeron tantos requisitos, y solemnidades;

pe-

pero para adquirir, ninguna es necessaria. Y assi, sin embargo de ser promiscuas estas vozes *emptio, & venditio*, y correlativos los terminos de *comprar, y vender*, adhuc, en las cosas de menores, de Iglesia, y demas à quienes està prohibido enagenar, và mucho de vno à otro; erudite Arias de Mesa *dict. lib.* 3. *variat. cap.* 13. donde aviendo puesto los argumentos, y ponderaciones de vnion en estas acciones, y terminos concluye *n.* 12. sic; *hæc tamen levia sunt, vt idem probemus in prohibitione, de qua agimus* (tratando de rebus Ecclesiæ non alienandis) *quandoquidem venditio, quoad institutum attinet, diversam rationem habet, quàm habeat emptio. Cum enim venditio sit patrimonij diminutio, permiti non debet, sine debita solemnitate. Emptio vero cum magis sit acquisitio, quàm distractio, nihil est cur vetetur. Quo fit ex diversitatis ratione cessare regulam correlativorum.*

37 Hisce suppositis; entendidas estas leyes de la venta, y compra à del menor segun su rigoroso sentido, vt ex illo vulgari; *scire leges non est verba earum tenere, sed vim, ac potestatem l.* 17. *ff. de ligib.* & maximè dolebat Cic. pro Cecin. de que muchas vezes por atender con generalidad à las palabras de la ley, se eli dia la intencion del Legislador. Illustrat, præter Barbos. & alios axiomistas Menchac. *controv. lib.* 1. *cap.* 45. *n.* 5. y cessando la razon de la ley, cessa la disposicion *l. omnis* 13. *ff. de adopt. l. quod dictum* 23. *ff. de pactis*, & nil vulgarius, vt diximus ex iuribus, & Authoribus colectis à Barbos. *axioma* 136. *n.* 9. y en esta forma hallaremos las nulidades de esta segunda escritura.

38 Fue la disposicion de las leyes, el animo, è intencion de los Legisladores; que los menores, no solo tuviessen seguros sus caudales con la compra de bienes, raizes, como llevamos probado en los numeros antecedentes, & probatur ex argum. text. *in l. si eorum §.* 1. *ff de legat.* 3. ibi: *sepe audivisse rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse*, sino que nec pecuniæ eorũ fuissent ociosæ, dexando de lucrar para sus alimentos, y aumentos de su caudal. Gutier. *de tut. cap.* 9. *n.* 23. qui alios refert. Molina *de iust. & iur. quæst.* 224. *vers. quando ergo* pag. 1386. con que convienen todos los Authores.

39 Y assi mismo, que en los contratos, en que el menor adquiere, *fidem impleat, & pacta servet*; mas no dispusieron esto con tanta generalidad las leyes, que no lo entendiessen siem-

pre à favor del menor: de tal manera, que el pacto, ò condicion aya de tener su cumplimiento, y este no aya de resultar en daño suyo, vt expresse ait Vlpianus *in l. si is qui suis 4. §. nihil autem ff. de manumissionib.* ibi: *nam, & si pupillus emat, æqum est, eum fidem implere, cum sine damno eius hoc sit futurum.*

40 Fundaronse las nulidades de la primera escritura teniendo mayor atencion à las personas, que a la cosa vendida, y en las de esta segunda, aunque sean las mismas personas; porque alli vendiò Don Juan Estevan de Ollo, y comprò Alonso Garcia del Villar, y aqui vende este, y compra Don Juan, es preciso mirar mas à la cosa vendida, que à las personas, *plus cautionis in re est, quàm in persona l. 25. ff de reg. iur.* No obstante, que concurren las mismas nulidades, que en la primera. Vende Alonso Garcia del Villar à Don Juan Estevan de Ollo por Juro de heredad real, y remotamente (assi empieza la escritura fol. 271. *B.*) treze fincas, que tenia en esta Ciudad conviene à saber, seis casas en distintos varrios, las quales estaban corrientes, quatro, que avia empezado à labrar, y lo estaban à primeras maderas, vn solar, y dos tributos, el vno de 1ꝯ ducados de plata, que dixo le pagaba Doña Cathalina de Vocanegra muger de Pedro Anton de la Zerda, à cuyos bienes estaba formado concurso, que oy passa en la Real Audiencia, y el otro de 400. ducados de principal, impuesto, sobre bienes del Convento de la Assumpcion de esta Ciudad.

41 Tambien le vende las haziendas de campo, y casas de la Villa de Coria las mismas, que comprò à D. Iuan Estevan de Ollo, de cuya nulidad emos tratado, vnas, y otras fincas en precio de 927ꝯ900. reales, bajando de èl los principales de los tributos perpetuos, que importan 99ꝯ832. reales, y los redimibles, que hazian 163ꝯ040. reales, y ambas partidas 262ꝯ872. reales.

42 Y respecto de que como albazea, y tenenor de bienes, avian quedado en poder de Alonso Garcia del Villar los principales para la paga de legados vitalicios, obras pias, el de la casa de la Misericordia, y otros, incluyò en el precio de la venta, è hizo cargo de estas cantidades à Don Iuan Estevan de Ollo; baxandoselas tambien del precio de la venta, y dexando este reducido à 373ꝯ678. reales *vt supra n. 9.* que le avia de pagar Alonso Garcia del Villar à D. Iuan Estevan si este no comprasse.

Esta

43 Esta compra fue tan perjudicial al menor, que de solo su tratado se le siguiò vn daño gravisimo; porque comprò bienes, quien por su menor edad era incapaz de administrar los proprios, que tenia *l.* 1. *§. fin. ff. de minorib.* ibi: *nec ante, rei suæ administratio eis committi debebit, quamvis benè rem suam gerentibus. l.* 12 *tit.* 16. *part.* 6. D. Vela *disertat.* 2. *à n.* 5. *cum seqq.* y por mas abil, que fuesse no le era posible administrar sobre veinte fincas que importò la compra: las trece dentro de Sevilla en diferentes collaciones, y en Coria las demas; quando nos manifiesta la practica el trabajo grande, que tienen estas administraciones; por cuya causa las fabricas de Iglesias, y demàs Vniversidades mantienen vn mayordo, ò economo de grandes experiencias, y conocimiento, prevenido, y examinado por los Juezes Eclesiasticos, y apenas puede cumplir, aun no teniendo tributos, y cargas tan gravosas, en que ocuparse para tener con cada tributario vna quenta: de que resulta, q̃ no pudo por sola la generalidad de las leyes que permiten à los menores las compras de bienes, raìzes, celebrar esta, de que tratamos; por ser præter intentionem de los jurisconsultos, ni Alonso Garcia del Villar, vender al menor; *quia plus est eius distractio, quâm acquisitio*, que es el motivo de la permission, vt probatum manet *sup. n.* 36.

44 Rursus compra el menor por el precio exorvitante de 927℔900. reales, quod ex afectione propria le quiso poner el vendedor, sin reparar, que el cortijo, haziendas de campo, y casas de Coria, las avia comprado en 42℔. ducados, que hazen 462℔. reales, y que las de Sevilla, no valian, ni aun 150℔. como oy se prueba del aprecio hecho de las principales de la calle del Bidro; pues siendo nuevas, y de labor de gran duracion se tassaron por el Maestro mayor en 60℔. reales, y las otras cinco, que estaban corrientes eran pequeñas de fabrica humilde, y solo redituaban para los censos, de que resultò, no mucho despues de la compra, apoderarse de ellas los acreedores censualistas; y las cinco restantes eran, como và referido vn solar, y quatro empezadas à labrar hasta primeras maderas, en que no se podia convertir el caudal del menor, ni darsele en precio alguno; porque esto seria contra la mente, è intencion de los Legisladores para socorrer con lo redituoso de la compra de bienes, raìzes, las necessidades de los menores, vt præter alios cum mul-

tis Escobar *de ratiocin cap. 14. n. 5. in fin.* y el tributo de los 1ꝺ. ducados de plata, sobre estar en el concurso de Pedro Anton de la Zerda, como se puede ver, no era capaz de comprarlo, y el otro de 400. ducados, aunque seguia pleyto por su cobranza el vẽdedor como lo expressa en la misma escritura, era de vna cosa corta, *& res litigiosa nequit alienari vt* D.Cov. *pract. cap. 15. n. 6.*

45 Vnde, no pudo el menor aceptar esta venta sin preceder legitimos aprecios, y mas siendo bienes, por la mayor parte, que avian quedado del difunto Don Estevan de Echeverria, que tenia en su poder Alonso Garcia del Villar su albazea, aun que los retuviesse con la suposicion del titulo de la compra supra, referida, ni passar por los voluntarios, y de afecto proprio, que les diò el vendedor. *l. falcidiam 62. ff. ad l. falcid.* ibi: *corpora, si qua sint in bonis defuncti, secundum rei veritatem, estimanda erunt.* Paul. *in l. prætia rerum ff. eodem* ibi: *prætia rerum, non ex afectu, nec vtilitate singulorum, sed communiter funguntnr.* Et idem *in l. si servum meum 33. ff. ad l. Aquil.* ibi: *Sextus quoque Pedius ait: prætia rerum, non ex afectione, nec vtilitate singulorum*, que prueba con muchos Authores Hermosill. *ad. l. 3. tit. 5. part. 5. glos. 4. n. 21. non ex afectione cuius libet. prætium constituitur*

46 Bien estamos, que al menor se le permite comprar por la distincion, que llevamos referida; pero no podemos dexar de ponderar esta compra, que fue vn negocio de tan grande entidad; pues consistiò el contrato en muy cerca de vn millon de reales, y con las calidades muy diferentes, para la permision general, que se les concede â los menores; porque miran, asi jurisconsultos, como Authores en las explicaciones de los textos, à que siempre queden de mejor condicion; no solo para que no sean perjudicados, sino para q̃ ayan de adquirir por medio de los contratos: y en este cõprando D. Juan Estevan de Ollo en la referida cantidad, compensa en su precio 373ꝺ639. reales, que le avia de pagar el vendedor; consiguiendo este liberacion de su deuda, y redimiendose de su alcanze, y quien adquiere segun esta qualidad es el vendedor eximiendose de satisfacer los 373ꝺ639. reales; *nam paria sunt redimere, & acquirere. l. si quis obligatione ff. de reg. iur. & l. quin etiam 2. ff. de calumniat.*

47 Y asi mismo librandose de las obligaciones de pagas

gas de legados, dotes, y memorias, cuyos principales importaban 162ꝟ662. reales, haciendo, que el menor por quenta del precio de la venta tomase à su cargo la paga de ellos, y dexando gravadas todas las fincas à esta satisfaccion, & donec prætium solveret, con la hipoteca especial de ellas.

48 La forma, con que se otorgò esta escritura fue diciendo Alonso Garcia del Villar, que vende real, y remotamente à Don Juan Estevan de Ollo todas las fincas con las cargas, y obligaciones referidas; y concluyda con todas las clausulas de la venta. finaliza el vendedor su contrato con la que està *sup. n.* 10 en que dize: *y desde oy dia de la fecha me desapodero de las dichas haziendas, casas, y tributos*, y continua la clausula, *en lo qual apodero al dicho Don Juan para que sea suyo*. Y le haze entrega real de ello.

49 Hasta aqui no hablò el menor, quien en presencia de Juan de Ribas Sanchez Procurador de la Real Audiencia, que dixo era su Curador ad litem, y que el cargo le avia discernido vn theniente de Sevilla, sin insertarse en la escritura, y como heredero de Don Estevan de Echeverria, y en virtud del poder de su padre, el qual se pone por largo en ella, y vsando de todo, dixo, que recebia compradas las haziendas, casas, y tributos con todas las cargas, y obligaciones mencionadas de paga de censos, legados vitalicios, y demàs, los quales se obliga à satisfacer por contrato executivo; y le dà carta de pago al vendedor de los alcanzes de las quentas, que por razon de tenedor de los bienes de la herencia se le avian tomado, y de los 373ꝟ678. reales, obligandose à la firmeza de todo ello con sus bienes avidos, y por aver.

50 De esta obligacion se deducen por los acreedores dos hipotecas; vna general de todos los bienes del menor y otra especial sobre los fincas compradas, por el valor de 162ꝟ662. reales, que importavan los legados, dotes, y obras pias, y fue parte de su precio: y dando principio à la satisfaccion por esta segunda, hallaremos mas claro, y sin disputa la nulidad de la primera, scilicet de bienes avidos, y por aver.

51 Controvertida ha sido la question, *vtrum si minor,*

 vel

vel Ecclesia emerit rem aliquam ; aut prædium , si in eodem actu donec prætium solvat , sit pignori , aut hipotecæ obligatum. Esta pendencia la han reñido los principales Authores de nuestra jurisprudencia , tanto estrangeros , como Regnicolas ; llevando vnos , que sin las solemnidades de derecho se puedan obligar , y otros que han de intervenir precisamente para quedar obligados. De los estrangeros Cald. Pereyr. *de empt. & vendit. cap.* 13. â *n.* 16. Valasco *de iure emphit. quæst.* 35. *n.* 4. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 171. â *n.* 30. Tiraquell *de retract. conven. n.* 13. Alciato *respons.* 101. *n* 2. Cravet. *cons.* 268. *in fin. cons.* 15. & 16. & 58. *n.* 13. Octav. Simoncel. *de decret. tit.* 15. *in pect.* 5. *n.* 54. & *in novissimis tom.* 6. *p.* 2. Jacob. de S. Georg. *in l. contra iuris ff. de pact.* §. *vltim.* & cum multis Andr. Fachin. *controv. lib.* 2. *cap.* 3. omnino videndus. Y de los Regnicolas , D. Larrea *dicis.* 40. *à n.* 70. *cum seqq.* D. Lara *de vita hom. cap.* 23. *à n.* 1. Hermosill. *in l.* 4. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 2. *n.* 25. D. Vela *dissertat.* 37. Arias de Mela *lib.* 3. *variar. cap.* 5. *à n.* 13. & post omnes erudítissimè D. Olea *tit.* 2. *quæst.* 2. *à n.* 14. *vsque ad* 43. que compone las opiniones del Señor D. Juan Baptista Larrea, y el Señor Don Ioseph de Vela, que parecieron opuestas, y al *n.* 42. dà la inteligencia à las palabras de los jurisconsultos Vlpiano *in l.* 1. §. *fin. ff. de reb. cor. nam vbi dominium quæsitum est minori cepit non posse obligari* ; y de Paulo *in l.* 2. *eod quod cum dominio pignus quæsitum sit, & ab initio obligatio inhæsit.* Dexando concordes las opiniones, y para nosotros satisfecha la segunda hipoteca.

52 Es preciso expressar sus palabras: *dificultas ergo, quæ meo iuditio anxium reddebat Vlpianum, & Paulum, erat : an pignoris pactum , in cassu, de quo agebatur, in continenti adiectum dici posset : acciderat enim (vn non vana cogitatione existimo) minorem simpliciter, & absque vllo pignoris pacto emisse prædia , posteaque cum præcium præ manibus non haberet, venditorem in ipsa prædiorum traditione sibi cavisse, vt quoad minor prætium solveret, essent pignori obligata : dubitatur apud Vlpianum de pignoris validitate, & respondet putare, pignus non valere; quia post dominium quæsitum, cæpit non posse obligari.*

53 Y al *n.* 43. *vers. tamen* Paul. *in l.* 2. *seqq. statim dubitationem mobet huic intellectui satis aptam ; asserit enim (taciteque simul obiec-*

obiectioni quæ sibi fieri posset satisfacit) quod licet in cōtinēti pignus non fuisset adiectum, tamen cùm simul cùm dominio pignus quæsitum fuisset, & quasi ab initio obligatio inhæsit: videbatur pignus subsistere debere.

54 De todos los Authores *sup. citat.* con los textos, y doctrinas de otros, que refieren, se prueba, que la obligacion general de bienes avidos, y por aver del menor, es nula, vt in hæc verba Cald. Pereyra *dict. cap.* 13. *n.* 16. *vers. magnopere autem,* explicando quando sea licito al menor obligarse al tiempo del contrato de compra, y à que puede extenderse su obligacion, ibi: *iura supra scripta amplificat, & illustrat, vt non modo procedant, quando minor rem simpliciter, & absolute suam hipotecabit; sed etiam eam, quàm denuo emit, etiam si pro prætio non soluto venditor illam pignoris loco obligatam esse velit; quâm sententiam tuetur Gozadinus cons.* 15. *sive ipse minor, sive eius tutor. aut curator emat.*

55 Porque en obligando el menor en la escritura, que otorga de compra, adquisicion de alhaja, aceptacion de donacion, y otra qualquiera à la seguridad, mas que la cosa comprada, ò donada, (y esso con la distincion, que trae D. Olea *sup. n.* 52. & 53.) es nulo el instrumento, y assi se declara, no por razon de restitucion, como previene el derecho en otros casos, en que son lessos, y perjudicados los menores, sino por causa de nulidad, como respondiēdo al punto de estas obligaciones prueba Fachin. *d. controv. lib.* 2. *cap.* 13. *lit C. ad quartum respondeo. Minoribus non esse sucurrendum per restitutionem in integrum, nisi sint decepti, sed hic non indiget in integrum restitutione, quia non obligatur.* Y la razon es; porque ni las leyes, ni los Authores repitientes, ni consulentes, asi Estrangeros, como Regnicolas, tienen que el menor pueda obligar sus bienes, sin las solemnidades de derecho, y que conste de vna evidentissima vtilidad aprobada por decreto del Juez, è inserto este, y la informacion en la escritura, vt manet probatum *sup. n.* 27. con q̄ aviendo faltado estas en la segunda escritura otorgada por Don Juan Estevan de Ollo, es nula, y se prueba de los fundamentos, que los Authores citados asi del Reyno, como Estrangeros, traen para fundar sus opiniones sobre la controversia de la segunda hipoteca, que todos conformes dicen que los bienes del menor son incapazes de obligarse à la compra; porque vnicamente se permite la hipoteca en las cosas, que por ella adquiere sin extenderse à los de-

mas bienes proprios del menor ; y contra esta opinion , no ay Author , que vaya, ni la aya puesto en question.

56 Pudieramos,de la escritura,y la formalidad de su otorgamiento sacar otras muchas nulidades,è inferir,q̃ ni aun las haziẽdas y demàs fincas debiã estàr obligadas à la paga de los legados, dotes,y memorias; pero no es el animo, con sutilezas,ni razones de congruencia, ni argumentos hazer la defensa, sino con solidos fundamentos elementales de derecho, como los que se han referido; pero no podemos dexar de poner en la consideracion da los Señores, que han de juzgar el pleyto, la oposicion, q̃ resulta en el hecho, y en el derecho de querer los acreedores , que sea bastante la obligacion del menor , comprando,para que quede obligado, y que la escritura la otorgue con intervencion , del que se dize curador ad litem, y en virtud de vn poder de su padre, que inserta; porque si vno bastaba , à que fin lo otro ? Bien se vè, que es demasiada cautela, *& nimia namque cautela fraudem arguit. l. si quis sub conditione 7. glos. 1. ff. de condit. instit.* D. Valenzuela *cons.* 62.*n.* 48.

57 Y assi mismo, que el que se dixo curador, era procurador de la casa de la Misericordia , lo avia sido antes , y lo fue despues contra Don Juan Estevan de Ollo , como consta al fol. 255. del 1. Ram. sobre, que se pudiera dilatar el discurso en vn negocio de menor, y probandose de esto la mala fè , y poca legalidad del oficio de Curador; argum.text *in l.quisquis §.praeterea,& seqq.C. de post.*Pinel.*in l.2. C.de rescind. vendit. 2.p.cap.2.n.* 73.demàs de no constar en la escritura la curaduria, è informacion à la letra, como emos referido. Y tambien , que el poder, que se inserta en la escritura dado por Don Miguel de Ollo al menor, no fue para el efecto de comprar, sino solo para cobrar las cantidades, que se le estuviessen deviendo por razon de heredero de D.Estevan de Echevarria,tomar quentas à los deudores, y administrodores, y recebir los alcanzes, y dàr cartas de pago; con que si se vsa dèl para el contrato de compra, se excediò de la comission , y fue nula por defecto de poder *l. diligenter ff. mandati, l. non distinguemus §. fin. ff. de rescript. arbitr. cap. cum dilecta de rescript. cap. cum olim de ofic. delegat.*

58 Y si tratò de cobrar, como heredero de D. Estevan de Echeverria, que vno, y otro lo manifiesta en las vozes , con las

qua-

quales se confunde, y viene à quedar en la disposicion de derecho; atribuyendose el acto, à que cobra vn menor, como heredero, y no como apoderado de su padre, que en mejores terminos disputa Estefan. Gratian. *disceptat. forens cap.* 706. donde dize, que si el hijo, que cobra las deudas, que debian à su padre, ò à èl, se à de entender las cobra iure hereditario, y en el *n.* 39. dize estas palabras: *ista enim procedunt, quando non potest considerari, quod actus fiat aliter, quàm nomine hæredis; vel quando fuisset gestus ab aliquo, tanquam hærede, cum ista expressione hæredis.* Y si fue el animo cobrar, como apoderado debiò percevir, los 373Ꝗ678. reales guardando el orden del poder à la letra por ser este stricti iuris ex D. Salgado, Cavalcanò, Azebedo, D. Valenz. Velasq. & Gonzalez *ad regul.* 8. *Chancel. glos.* 37. *n.* 34. y si como heredero, no pudo hazer vn empleo tan considerable, tomando en si tantas cargas, y obligaciones, sine decreto prætoris, como emos repetido tantas vezes.

59 Y juntamente no se debe despreciar, q̃ el menor otorga en las casas de Alonso Garcia del Villar, en donde no parece tendria mucha libertad ex D Valenz. Velasq. *cons.* 173. *à n.* 60. *vsque ad* 69. y en quanto al Juramento, que suele favorecer para validacion de los contratos, que celebran los menores, *ex Authent. Sacramenta puberum C. si advers. vendit.* no puede existir contra ley, ni suplir los defectos tan grandes, y duplicados del instrumento; porque como hecho contra ley, es inutil. Anton. Perez *in Cod. lib.* 1. *tit.* 14. *n.* 11. *in fini.* ibi: *sed ipso iure actus fit inutilis, & quid quid actui accesserit, sive pactum, sive pignus, sive stipulatio, sive ius iurandum; nam accessio sequitur causam principalem,* y con mas razon es inutil atendiendo, à que jurò el menor, sin decir por quien, ni à que, *sino que juraba en forma de derecho*; juramento, que en la censura legal, no lo han tenido por bastante los Authores, q̃ no referimos por vulgares, y excusar mas dilaciõ

60 Y tambien se debe tener presente, q̃ las haziendas, y casas de Coria, que en su inteligencia vendiò Alonso Garcia del Villar à Don Juan Estevan de Ollo, no eran suyas, por las nulidades, que en la venta, intervinieron, tam ex parte venditoris, quàm emptoris, vt probavimus *sup. n.* 28. *cum seqq.* la que siendo nula, no pudo producir efecto valido D. Salg. *de Reg. protect.* 3. *p. cap.* 9. *n.* 13. D. Valenz. Velasq. *cons.* 32. *n.* 32. la razon

 es,

es; porque en el caſo de la venta de Don Jnan Eſtevan, la eſcritura, y contrato fue immediata cauſa de la poſſeſsion, que quiſo adquirir Alonſo Garcia del Villar; y ſiendo eſta nula (como ſe colige de las palabras de la ley Real citada) no ſe le pudo tranſferir alguna, ni adquirir dominio; Anton Gom. *in l. 17. Tauri n. 5. verſ. quarto*, ibi: *quia quando contractus, vel titulus eſt immediata cauſa poſſeſsionis, ſi non tenet. nec valet contractus, non tranſit poſſeſsio; l. nemo 5. verſ nullum C. de legeb.* ibi: *nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſub ſequtum, qui contra hunt, lege contrahere prohibente.* Con que ſiendo executado contra ley, no pudo prevalecer. Ant. Per. *in Cod. lib. 1. tit. 14. n. 11.* ni menos Alonſo Garcia del Villar, transferir à Don Juan Eſtevan, dominio, que no tenia, *l. nemo 54. ff. de reg. iur.*

61 Eſtas nulidades opone Doña Inès Bazàn, como acreedora à los bienes de ſu marido, que lo puede hazer ex D. Salg. *Labir. 1. p. cap. 13. §. 2. n. 24. & etiam cap. 40. ex n. 40. cum ſeqq.* y conſtan de las eſcrituras, y de los autos, y ſe han dicho en general en las peticiones, y replicas; que ſe han hecho; porque no es neceſſario, que cada vno de porſi, ſe expreſſe, quando ſe alega en el pleyto, como quieren aora algunos de los acreedores; reſpecto de que las practicas, que ſiempre à avido, por evitar largas alegaciones, han ſido manifeſtar no ſer vaſtante el inſtrumento, en que ſe funda el contrario, por los defectos, que tiene, y eſto es en tanto grado, que aunque no ſe huviera tocado en los pedimientos, y ſe dirigieran à otro fin, como aprovechaſſe la nulidad à la parte, y conſtaſſe in continenti de los autos, ſe avia de determinar ſobre ella, por ſuplirſe con las clauſulas, que ſe ponen en los pedimentos, *por lo general, y que rèſulta de los autos,* y con que concluyen *pido Iuſticia* como prueban Abb. Panorm. *in cap. dilectus de ordin. cognit.* Capicio *deciſ. 50. n. 22. & 23.* & Avendaño *reſponſ. 1. n. 22. verſ. & iſtud*, ibi: *& iſtud præ maxime ſine vllo dubio procedit, quãdo in libello ponitur illa clauſula, ſuper quibus omnibus PETO IVSTITIÆ COMPLEMENTVM, nam iſta clauſula operatur, vt ſuper non petitis* (que es en terminos mas eſtrechos) *ſi tamen ex eodem fonte procedat poſsit ferri ſentencia & iudex poteſt in hoc impartiri oficium ad vtilitatem privatam.* Gutier. *pract. lib. 1. quæſt. 101. n. 1. in fin.* ibi: *hæc tamen noſtra ſententia*

tia absque dubio procederet, si in libello adijciatur clausula saluti fera, super quibus peto mihi iustitiam, & cum alijs Monte Alegre *in prax. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 93. *vers. quarta vtile erit.*

62 Y esto con mas razon quando se siguen los pleytos en los Tribunales Superiores, como el de la Real Audiencia; donde proceditur, sola facti veritate inspecta *ex l.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* como dixo Matienz. *in dialog. Relat.* 3. *p. cap.* 41. *n.* 11. D. Valenz. Uelasq. *tom.* 2. *cons.* 163. *n.* 129. *& sic quod tunc possit ferri sentencia, etiam non conformis libello, & super alio, quâm super petitis.* Que a todo esto se extiende la superioridad del Tribunal Maranta *de ordin. iudit. p.* 4. *distint.* 9. *n.* 17. *& in tit. de sentent. n.* 65. *&* 66. Alvaro Valasco *de iur. emphiteut. quæst.* 6. *n.* 12. ibi: *iam sequitur, quod de iure Regni licet aliud probatum sit, quàm fuerit in libello deductum, si ex probatis colligatur, agentem ius habere pro eo ferendam sententiam* Azeved. *in dict. l.* 10. *n.* 113. *in fin.* Con que justamente pretende Doña Inès Bazàn, que se declaren las nulidades de las escrituras, y que no pudo obligar sus bienes avidos, y por aver Don Juan Estevan de Ollo su marido.

ARTICVLO. II.

QVE DOñA INES BAZAN A PROBADO CVMPLIDAmente, que Don Iuan Estevan recibiò la dote, y cantidades ofrecidas por augmento de ella.

63 SEIS especies de prueba se han reconocido en el derecho, deducidas *ex l. vbi falsi* 22. *C ad leg. cornel. de fals.* ibi: *argumentis, testibus, escripturarum collatione, alijsque vestigijs veritatis, l. vltim. C. de probat.* ibi: *idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicijs ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita*; *L. tutor.* 3. *§. præterea* 4. *ff. de suspect. tut.* ibi: *apertissimis argumentis, l. inditia* 19 *C. de rei vindicat.* ibi: *inditia certa*; *l. cum citra* 15. *C. de iur. dot.* ibi: *apertissimis argumentis*, *L. libertas* 17. *§. fin. de manum. testam.* ibi: *manifestissimis rationibus l. non omnes* 5. *§. à barbaris ff. de re milit.* ibi: *sed si hoc liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est. L.* 2. *C. quor apellat. non recip.* ibi: *argumentis convictus. Cap. inter* 2. *de*

 Cle-

Cleric. pereg. Y se le puede añadir otra, pues aviendo Hevia Bolaños *juyc. Civ. §. 17. n. 3.* referido estas seis especies de prueba en la quinta pone *la de vista*, y evidencia de hecho, incluyendolas en vna especie; siendo assi, que la de vista es bastante para hazer probanza, y la evidencia del hecho haze otra concluyentissima *ex l. si irrupsione § fin. ff. fin. regun.* vt ex Cost. *de remed. subsid. remed.* 101. *n.* 1. *& seqq.* Thus. *& alijs prueba* Pareja *de vnivers. instrum edit. tit.* 7. *resol.* 3. *n.* 68.

64 La dote se puede probar, por instrumentos, por testigos, por declaracion de la parte, fama publica, y demàs especies referidas, como dize Mascard. *conclus.* 567. *cum seqq.* & fere per omnes especies, à probado D. Inès Bazàn la constitucion de su dote, y recibo de ella, que respecto de que tiene igual privilegio la dote, que el augmento, vt probat text. expressus, *in Auth. de equalitate dotis §. his consequens, & ibi glos. verb. in quo collat.* 8. *l fin. C. qui potior. in pig. habeant. & l. etiam si non dotem* 8. *C. de iure dot.* Trataremos de referir con igualdad la prueba de vna, y otra.

65 Por la escritura de capitulaciones, como và referido se constituyò la dote de 10ꝧ. ducados en alhajas, y 3ꝧ. pessos de plata en joyas, y plata labrada, 1ꝧ. ducados de vellon, y 500. pessos de plata, que ofreciò el Señor Don Garcia Bazàn, y tambien los 800. ducados de renta todos los años durante su vida: la dote la recibiò Don Juan Estevan de Ollo, que segun el valor tenia la plata entonces, que era de 25. reales el pesso, compuso todo à vellon 20ꝧ. ducados; estos declara por la clausula de su testamento, debajo de cuya disposicion muriô, que està *sup. n.* 14. averlos recebido. Y que de ello otorgò escritura ante Geronymo de Guevara escrivano publico de Sevilla, que tenia el oficio frente de la Lonja, se â buscado esta escritura, y no se halla, de que arguyen los acreedores con la vulgaridad, de que declaracion hecha in articulo mortis no prueba, y que à lo mas, à que se puede extender, segun doctrina de Paulo de Castro, *in l. admonendi de iureiurando n.* 43. es à vna grande presuncion, de verdad, *si defunctus erat persona fidedigna*, & Bartol. *n.* 27. ibi: *vt puta si sunt rationes alicuius defuncti, qui fuerat bonus*, y llevan lo mismo Guazino *de defens. reor.* Mastrillo, Gutierrez, Escobar, y otros; fuera de que para la prueba del recibo de la do-

te

te basta la declaracion del marido, en que diga averla recebido, por instrumento publico, y no se puede negar ser lo el del testa mento ex ad ductis.

66 No haziendo falta la escritura; pues esta, aunque parece se refiriò à ella, y no consta del relato se entiende, quando en el relato, avia de constar algo mas, ò circunstancias tales, que pudieran augmentar, ò disminuir la substancia de la declaracion que en nuestro caso no puede suceder; porque dize Don Juan Estevan de Ollo; *declarò, que quando contrage matrimonio traxo à el la dicha mi muger 20ꝟ ducados los quales recebi, y yo otorguè de ellos recibo.* Con que no se le puede à este instrumento negar la fè, y probavilidad, maximè quando està adminiculada con tan repetidas probanzas de testigos examinados en esta Ciudad, que vieron las alhajas, joyas, y plata labrada con grande distincion, y claridad; todos sugetos conocidos, y entre ellos Sacerdotes, y personas de dignidad, entrega del dinero, y con probanzas hechas en Granada, Madrid, y Salamanca, Fregenal, y Fuentes de Leon, que estas solas, sin la declaracion, eran bastantes con el instrumento de dotis promissione para tenerse por justificadissima; porque lo que quiso disponer el testador con la relacion, que hizo à la escritura, fue afirmar mas la declaracion de la dote, ni se presume se refiriesse ad ignorata *ex l. titius 25. in princ. ff. de liber. & posthum. l. tres fratres ff. de pact. l. qui cum tutoribus §. fin. & l. cum Aquiliana ff. de transact.* y sino parece el relato, se à de estàr à la disposicion de derecho comun. Petrus Surd. *cons.* 413. ibi: *& est regelare quod ubi dispositio relativa, & relato non constat, remanet res in dispositione iuris communi.* Y aqui la disposicion no fue relativa; porqne afirmò desde luego el recibo de los 20ꝟ. ducados al tiempo del matrimonio, y solo haze relacion à que consta por otro instrumento. De forma, que aunque fuera dispusitio relativa, remanebat in terminis iuris communis, y segun ellos la declaracion hecha in articulo mortis adminiculada prueba plenissimamente.

67 Et per rei evidentiam; porque todos los testigos contextemente deponen las muchas alhajas, plata, y joyas, colgaduras de Salas, de camas, estrados, escritorios muy ricos, de que se componia la casa del Señor Don Garcia Bazàn, que tenia su hija en ella, con D. Juan Estevan de Ollo su marido, à quien se

 avia

avia dado vna Carroza nueva, y mulas, para el dia de su boda, y que todo esto le lo dexo quando passò à servir la plaza de la Real Chancilleria de Granada sin llevar consigo, mas que la ropa de su vso, y vn Oratorio de dos, que tenia, el de menos valor. Conque no se discurre pueda aver mayor probanza, que la que resulta de la evidencia de este hecho; aviendo de estar à la que tiene el derecho por mas excelente, que es la de *per rei evidentiam*.

68 Y està dote, que declara Don Juan Estevan de Ollo, aver importado 20ꝟ. ducados, està ceñida solo à la que se le, ofreciò, y recibiò de contado; como refiere la misma clausula en aquellas palabras: *declaro que quando contrage matrimonio, trajo à el la dicha mi muger 20ꝟ. ducados los quales recebi.* porque el augmento de 800. ducados de renta, no lo pudo declarar, ni era capaz de ello; mediante que estaban corriendo todavia por la vida del Señor Don Garcia que sobre viviò à Don Juan los quales annualmente estuvo pagando, como tambien se à justificado.

69 Consta de esta justificacion no solo de las deposiciones de los testigos por cuyas manos se remitian las cantidades desde Granada, y Madrid, y las que se entregaron en Sevilla, en virtud de diferentes ordenes, y que tuvo tal providencia en los alimentos de la casa de Don Iuan Estevan, y de su hija, que hasta vna esclava, que les sirviesse les embiò de Granada; sino tambien muchos instrumentos de cobranzas, que hizo Don Iuan Estevan de juros pertenecientes à Don Iuan de Guzman, y Zuñiga, de quien era tutor el Señor Don Garcia su abuelo, y con poder suyo perciviô las cantidades, quedando de cargo del dicho Señor tutor el satisfacerlas à su nieto, y assimismo, que con el referisso poder (porque fue general para todo) cobrò, y administrò las rentas de las dehesas de los mayorazgos del Señor Don Garcia, è importaron sumas considerables, que se avràn de liquidar para satisfacer el importe del aumento de dote.

70 Todo lo qual mas por extenso se vè en los autos, y se refiere en el memorial, y la calidad de cada vno de los testigos, los quales por menor, y qualidades con que deponen, no se ponen aqui à la letra; porque seria fastidiar, y hazer vn largo volumen sin necessidad, pues basta, que los Señores los tengan

pre-

presentes para darles el credito, y fè que les corresponde; y à nosotros nos sobra el manifestar, que deponen assi de entrega de dote, como de la cobranza de los alimentos en la forma expressada, y que los mas son personas de graduacion, y muchos Sacerdotes, que por la authoridad de su estado, y dignidad, quæ supra omnem *cap. solitæ de maioritat. & obedient. cap. duo sunt 96 distint.* siempre el derecho les juzga mayores de toda excepcion para q̃ su testimonio valga, el de cada vno, tanto como de otros dos testigos, *glos. in cap. litteris de probat.* & pluribus adductis a Mascard. *con.* 234 *n.* 5. & *conclus.* 1003. *n.* 4, & *melius Farinac. de testib. quæst.* 61. *n.* 80. & *in decis* 147. *n.* 6. *tom.* 1. *novis Domini sine dificultate dixerunt esse omni exceptione maiorem; quia Sacerdos, & ob id maiori fidedignus, quâm laicus*; porque su verdad està acreditada por Christo Señor nuestro *Luc. cap.* 10. *qui vos audit me audit*. Y assi examinado por testigo, no necesita mas, que referido à su palabra. *Authen. sed iudex C. de Episcop. & cleric.* ni se le toma otro juramento para creerle, que el de su estado *vt iusiurandi religione arctetur. l. iusiurandi C. de testib. cap.* 29. *extra eod tit* & refert Doctissimus Magister, & Doctor Pater Suarez inclitæ Relionis Iessuit. *tom.* 2. *lib* 1. *de jurament. asseret cap.* 5. *n.* 1. y otros domesticos, en aquel tiempo, y que le criaron en las casa del Señor Don Garcia, y manejaron por si, vieron, y tocaron las alhajas, plata, y joyas, y entrega del dinero.

ARTICVLO. III.

QVE MEDIANTE LA IVSTIFICACION DE LA DOTE debe tener preferencia Doña Inès Bazàn en los bienes de su marido.

71 LA accion, que compete à la muger por la dote contra bienes del marido, quando se ofreciò en la escritura de capitulaciones, es hipothecaria expressa à die promissionis, aunque despues se haga la entrega, y se justifique, y declare el recibo, *l.* 1. *ff. qui potior.* ex Ioanne Gribello *decis Dollana* 135, Thesaurus *quest. forens. lib.* 2. *quest.* 34. & ex alijs vti veriorem defendit Fontanell. *de pact. nupt. tom.* 2. *clausul.* 7. *glos.* 2. *p.* 1. *n.* 32. *vsque ad* 36. *inclusivè*, Gutierr. *de jurament.* con

confiirmat. I. *p. cap.* 46. *n.* 10. Zevall. *quest.* 790. *n.* 33. & benè diitinguiendo Ant. Gom. *in l.* 50. *Tauri n.* 36. de qua doctrina hodie nefas est disputare propter dicisionem *l.* 33 *tit.* 13. *p.* 5. *in fin.* del mismo privilegio goza la promessa del augmento de la dote, como emos referido, y la razon es; quia augmentum dotis dicitur ipsa dos, *l. inter socerum* 26. *§. cum inter ff. de pact. dot.* ibi: *nec separabitur portio dotis, ad ditamenti causa data l. etiam* 8. *C. de iur. dot.* ibi: *cui consequens est, vt etiam id, quod additamenti causa in dotem datum est eadem actione repetatur,* & D. Castillo *lib.* 8. *controv. cap.* 51. *n.* 8. vbi quod vxori debetur, pro tali augmento; si eius solutio, finito matrimo retardatur, interesse lucri cessantis, & damni emergentis, sicut pro dote debet solvi. Conque nos excusamos de diferenciar la dote, del augmento.

72 Han sido tantos los Authores, que han repetido los privilegios de la dote, que citando al Señor Don Joseph de Retes *lib.* 7. *opuscul. ad l. fin. tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.* y al Señor Don Francisco de Amaya, y otros, Don Diego Bolero *de decogt. debit. fiscal. tit.* 5. *quest.* 3. *n.* 1. *in fin.* dixo: *Vnde sucedunt dotium privilegia, quæ quia satis vulgaria, & ab omnibus Doctoribus passim decantata, breviter ad nostrum institutum percurremus.* El tratado fue de los privilegios, que competian à las mugeres por sus dotes en concurso de acreedores, y aviendo referido, que este privilegio es vna de las especies de publica vtilidad, y disputado su prelacion con la distincion de la hipoteca expressa, ò tacita dize al *n.* 4. *dos hodie (quid quid fuerit disceptatum de iure communi) præfertur tacitis hipothecis anterioribus, ex aperta decis. dict. leg.* 33. *tit.* 13. *part.* 5. y prosigue probando esta question con las palabras de la ley de partida, y muchas authoridades, vsque ad *n.* 6. Asi mismo refiere la igualdad, conque corre el privilegio de prelacion entre el fisco, y la muger ex illo vulgari *fiscus, & mulier, pari passu ambulant.*

73 Conque teniendo el privilegio de prelecion Doña Inè Bazàn desde el año de 680. y expressa hipoteca, no puedeu concurrir los acreedores ~~legitimos~~ con èl, ni impedirle là cobransza de su dote; porque à lo mas que se podràn extender segun las nulidades escrituras, serà à vnà hipoteca tacita contra los bienes de la herencia de Don Estevan de Echevarria, pero no à preten-

tender cobrar de los de Don Juan Estevan de Ollo; porque fue ninguna la obligacion, que contrajo por la escritura del año 1677. y en ellos, aunque la hipoteca, que representa Doña Inès fuesse tacita, y anterior la accion de los legados, con la suya tacita, debe preferir el privilegio de la dote concurriendo dos acreedores de hipotecas tacitas, como prueba Gaito *de credit cap.* 4. *quest.* 11. referido por Bolero al *n.* 5. *vt mulier creditoribus anterioribus tacitam tantùm hipothecam habentibus, præferatur*, con Merlino, Francisco de Ponte, Riccio, *in collectan.* Rodrig. *de concurs.* Pater Molin. Paz *in prax.* D. Castillo Pereyra, y otros.

64 Y segun los autos, ni aun hipoteca tacita pueden los legatarios tener contra los bienes del heredero; porque este lo fue solo en el nombre, respecto de que toda la herencia la tuvo Alonso Garcia del Villar, y y lo liquido, que consta de la escritura, que avia de percebir, ajustadas las quentas, importò los referidos 373678. reales. *vt sup. n.* 9. y estos quedaron embebidos en las fincas de la compra pagando con ellos, como se à dicho, su valor, que assi consta con expresion de la misma escritura.

75 Y aun se pudiera disputar à los legatarios la accion contra las fincas; porque tuvieron por su legitimo deudor, y obligado al albazea. y se contentaron con èl, cobrando los reditos correspondientes à sus principales por tiempo de tres años desde el de 674. à el de 677. que fue quando se hizo la vltima escritura; y assi no le pidieron cosa alguna entodo este tiempo à el heredero; mas esta question no necesita de moverla Doña Inès Bazàn; porque es mas propria de los herederos de Don Juan Estevan de Ollo, los quales la podràn repetir, quando se trate con ellos este concurso, pues hasta aora para nada se les à citado; porque se à substanciado entre los acreedores, vnos con otros. Vlterius. Se prueba del testimonio del pleyto Eclesiastico, que se siguiò sobre el cumplimiento del testamento de Don Estevan de Echevarria, que siempre tuvieron por su deudor los legatarios à Alonso Garcia del Villar; porque quando saliò à èl la casa de la Misericordia, no demandò cosa alguna à Don Juan Estevan; porque solo pidiò, que las haziendas de campo, y casas de Coria, que considerò bienes de la disposicion, y que en ellas tenia la hipoteca su legado ex D. Greg. Lop. *glos.* 3. *l.* 9.

tit. 4. part. 5. nam habens hipothecam præfertur omnibus privilegijs personalibus, se vendiessen para pagarle los 8ꝟ ducados, y de aqui empezò el pleyto Eclesiastico con Don Juan Estevan de Ollo, que despues en el articulo siguiente se referirà.

76 Sed his non curo; porque en la paga de los acreedores, prima causa est habentium hipothecas, tam simplices, quàm priviligarias, y en nuestro pleyto, atendidas vnas, y otras lo que hallamos es, que en las haziendas, y casas de Coria como efectos del testador, quambis sat sero, persigue su hipoteca tacita la casa de la Misericordia, y aunque le quisieramos dàr, por la q̃ toca à la dote, preferencia en ellas, que es dificil, mediante el averse contentado con tener el dinero en Alonso Garcia del Villar, y aver cobrado de este los reditos de los 8ꝟ. ducados mas tiempo de tres años como consta del dicho testimonio, nunca se la pudieramos dàr en los bienes avidos, y adquiridos por Don Juan Estevan de Ollo, ni podria concurrir este legado, con su hipotheca tacita con la dote, que demàs de ser expressa, tiene preferencia siendo posterior en tiempo, como emos probado.

77 Con estas, y otras consideraciones, en toda la question 3. prueba, Bolero, con los principales Authores de todas las Escuelas de nuestra jurisprudencia, y con las leyes del Reyno el privilegio de la dote, concurriendo hipotecas tacitas, dandole siempre à esta, aunque posterior en tiempo, la prelacion de derecho, y al *n.* 13. ibi: *quod si dos in concursu creditorum se opponat creditoribus prædictis, vel è contra, & omnes nitantur hipotheca, seu privilegio à iure eis competenti, ex prædictis causis, sine pacto, aut conventione speciali; tunc dos potiorem causam habebit, & præferetur.* Y mueve dos conclusiones: la primera al *n.* 14. si concurriendo la hipotheca de la dote, con la que tiene el que prestô el dinero para comprar vna finca, avrà de preferir este: sobre cuyo assumpto refiere à Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 23. n. 8. & 9.* y dize, que si el que diò su dinero para el beneficio, ò compra es anterior, entonces avrà de preferir, en aquella cosa comprada, à la dote, y al *n.* 15. ibi: *vbi bene comprobat, quod si est prior tempore* (habla de la dote) *præfertur etiam ei, qui mutuavit ad emendum militiam, de quo loquuntur l. vlt. cum Authen. quod obtinet C. de pignorib.*

78 En mejores terminos se halla en este pleyto la dote; por que

que como refieren dos de los principales testigos, Don Juan Esſtevan de Ollo, conſumiò todas las alhajas de ella, dexando ſin alguna à ſu muger, para ayuda à los grandes gaſtos, que ſe hazen en la conſequcion, y apreſto de los Goviernos. Conque no ſeria muy eſtraño el aplicarle la opinion, vt præferatur tamquam ſi mutuaberit ad emendam militiam, que junto eſte privilegio con el de la dote, es mas fuerte, y poderoſo en el dinero adquirido con el Govierno.

79 La ſegunda concluſion la mueve al *n.* 29. an, ſcilicet mulier (quæ ſolum præfertur hipothecis tacitis anterioribus, non vero expreſsis) tenga prelacion en el caudal adquirido por el marido deſpues de contraido el matrimonio, contra las hipotecas: eſta queſtion la diſputa con opiniones contrarias; refiriendo por vna parte muchos Authores, qui dant mulieri hanc prælationem, como ſon el Señor Gregorio Lopez *in dict. l.* 33. *tit.* 13. *part.* 5. *gloſ.* 4. *verſ. item limita in bonis.* Mantica, Barboſ. Gutier. Cancer. Guizarel. y otros; y por otra diziendo, que hanc hipothecam cum prælatione adverſus creditores habentes hipotecam expreſſam anteriorem ſolamente ſe concediò al Fiſco, y es eſpecial privilegio ſuyo deducido de la *l. ſi is qui* 28. *ff. de iur. Fiſc.* y por eſta opinion refiere al Señor Caſtillo Gaito, al Señor Olea *de ceſion. iur. tit.* 3. *quæſt.* 7. *n.* 4. à Faria *in add. ad D. Covarrub. lib.* 1. *variar. cap.* 7. *n.* 39. *& cap.* 16. *n.* 26. con otros, y deciſsiones eſpeciales de Chancillerias, y Conſejo de Aragon, que trae Fontanell.

Y no pudiendo entre eſtas opiniones dexar de confeſſar, que es la mas ſeguida, y como dize Bolero la que refiere el Señor Olea; ſin embargo de conſiſtir en el vnico fundamento de que es eſpecial privilegio del Fiſco, y que eſte, concurriendo con la dote en caſo dudoſo, como es de hallarſe dos inſtrumentos otorgados en vn miſmo dia, vno à favor del Fiſco, y otro à favor de la dote, no teniendo alguno de ellos hora, por donde ſe pueda conocer la anterioridad, ſe determina, que debe preferir la dote al Fiſco. D. Salgad. *in labyr. credit.* 2. *p. cap.* 4. *n.* 169. ibi: *vt non procedat in duobus inſtrumentis eodem die confectis; vnum ſcilicet dotis, aliud alterius privati, vel etiam fiſci, non continens horam; nam illud dotis antiquius reputabitur, & præciſſe præſumendum, atque ideo habere prælationem dotalis alijs creditoribus*, y lo prueba con

 Gu-

Gutier. Menoch. D. Covarrub. Gaito , y otros; el hecho de nuestro pleyto no es muy adaptable à el q̃ tratan en esta en segunda opinion los Authores de tan superior nota.

81 Porque la question, que mueven es, quando el marido, despues de contraìdo el matrimonio, adquiere el caudal , si en este seràn preferidos los acreedores de hipotecas expressas anteriores, à la dote, que solo prefiere à las tacitas ; & de hoc non tractamus ; ni tampoco parece conviene con lo sucedido en nuestro caso; porque el caudal depositado, y que adquiriò Don Juan Estevan de Ollo, demàs de ser el que avia de impender en la mantencion de su casa , y familia los dilatados años , que estuvo en el Govierno, en los quales no la socorriò, ni remitiò cosa alguna, procede no de negociacion, sino de aver passado à los Reynos de las Indias, y Provincias tan remotas à servir à su Magestad en su Govierno con tanto trabajo, como es notorio, y se dexa considerar; que si à los Authores se les propusiera esta especie in foro fori, y à los Theologos in foro poli , acaso mudarian de dictamen; porq̃ es cosa muy distinta adquirir estando en su casa , y asistiendo à las obligaciones de ella , y de su familio, ò passar con tantos riesgos à buscar la conveniencia para pagar deudas, que no causò : que todo esto conduce à la pretension, y buena fee de la terceria de Doña Inès Bazàn para la preferencia, que solicita.

ARTICULO. IIII.

QVE NO LE PVEDE OBSTAR LA EXECVTORIA DEL Eclesiastico, para la preferencia; por no poderse entender contra Doña Inès Bazàn, ni embarazarle al privilegio de su dote.

82 TRES años despues de contraìdo el matrimonio entre Don Juan Estevan de Ollo, y Doña Inès Bazàn , y mas de celebradas las capitulaciones, se moviò el articulo en los autos Eclesiasticos por la casa de la Misericordia, sobre vender las haziendas, y casas de Coria para la cobranza de los 8U. ducados de su legado, como emos referido *supra n. 16.* no saliò otro alguno de los acreedores , que aora litigan en el

con-

concurso, y de esta pretension resultò, que Don Juan ofreciesse la imposicion del principal sobre las mismas haziendas; aunque como parece del mismo testimonio de la Executoria, poco despues manifestò por pedimento, que ya mudaba de especie su hallanamiento porque las innundaciones del Rio Guadalquivir aquel año avian destruìdo la huerta de Sequero; pero sobre este punto, ni se contextò, ni se bolviò à tratar mas, y solo se siguiò sobre la forma de la obligacion, si avia de ser retrotrayendola â el tiempo de la muerte de Don Estevan de Echevarria; atendiendo à que las haziendas eran de su disposicion, y si Don Juan se avia de obligar tambien con sus bienes: este fue el litigio, y solo con la casa de la Misericordia.

83 Siguiose en el Eclesiastico, y por tres sentencias conformes se le mandò à Don Juan se obligasse con las haziendas, y sus bienes, con advertencia, que en todo el pleyto, no se tocò el punto de nulidad de las obligaciones de la escritura del año de 1673. ni se cargô la consideracion en otra cosa, que en la razon de heredero; y assi fue la determinacion ex nunc prout ex tunc; dando fuerza, y valor à aquel allanamiento, para que fuesse la obligacion à die additionis hereditatis, sin atender à las nulidades, sino discurriendolo como hecho de heredero non prout ex nunc, sed prout ex tunc para que quedasse consumada la obligacion; pero esta se entiende como nuevo contrato *vt in l. adoptio non iure facta ff. de adopt.* Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 1. *glos.* 10. *n.* 67. y que pudo valer aquel prout ex tunc, sin perjuycio del tercero à quien estaba adquirido derecho contra los bienes de Don Juan Estevan, vt late probat D. Molina *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 13. *cum seqq. & n.* 36. *cum seqq.*

84 De forma que aquel allanamiento, que hizo Don Juan Estevan de Ollo el año de 1683. siendo heredero, y teniendo respecto à que lo hizo como tal, pudo la sentencia mandarle, que avia de ser, y quedar obligado desde el dia, que sucediò en la herencia; esto se entiende con los bienes de ella, pero no con los suyos, que estos solamente podian quedar obligados desde el dia del allanamiento (en terminos de ser este bastante para la obligacion,) y assi no pudo perjudicar en esto à Doña Inès Bazàn, que ya era acreedora desde el año de 80. por su dote, y augmento de ella.

85 Precipue quando se siguiò vn litigio tan dilatado, que durò hasta el año de 87. en el qual no litigò Doña Inès, ni puede obstarle la cosa juzgada; pues para ello avian de concurrir las tres identidades, quæ à Paulo, & Vlpiano proponuntur, & explicantur *in l. cum quæritur* 12. *cum duab leg. seqq. ff. de except. rei iudicat.* sic: *cum quæritur hæc exceptio noceat, nec ne: inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem ius, & an eadem causa petendi: quæ nisi omnia concurrant, alia res est.* D.D *in dict. iur. text. in cap. fin. de except. vbi glos. & Canonistæ, & plures apud add. ad D. Molin. de Hispan. primog. lib. 4. cap.* 8. y hablan estos textos de sentencia litigada con parte legitimamente obligada (que aun no lo fue Don Juan Estevan de Ollo) porque si assi no fuesse, no ay que recurrir al concurso de las identidades; pues basta que la executoria no se aya litigado con Doña Inès Bazàn para que aora no le pueda perjudicar, siendo ya acreedora à los bienes de su marido, y que le falte, por lo que à ella toca, el sugeto principal en la contextacion del juycio; que es el legitimo contradictor, y que no aya cosa juzgada contra el, la *l.* 1. *ff si ingen. esse dicetur, l.* 3. *ff. de collus. deteg.* donde la sentencia dada cum alio contradictore (dize el Consulto) *perinde ineficax est decretum* Donel. *comm. iur. lib. 2. cap.* 10. *vers. etiam* Anton. Fab. *in iurisprudent. cient. tit. 4. print. 2. illat.* 1. *in initio.*

86 Uulgar, y comun es la *l. vt fundus* 18. *ff. comm. divid. quia vltra id quod in iuditium deductum est excedere potestas iudicis non potest; l. fin. C. de fidei commis. libertat. càp. qualiter, & quando vers. ad corrigendos de acussat.* Et scribentes *in dict. l. vt fundus* Canonistæ *in cap. licet Heli de Simon.* text. *in l.* 16. *tit.* 22. *part.* 3. D. Gregor. Lop. *glos.* 1. donde dixeron, que la conformidad de la sentencia con la demanda avia de consistir, *in re, causa, & actione*; en todas tres causas difiere el pedimento, que hizo en el pleyto Eclesiastico la casa de la Misericordia; porque alli concluyò solicitando se vendiessen las fincas de Coria para la paga de los 8ɉ. ducados, contra que dirigiò su accion, y à no aver Don Juan Estevan de Ollo allanadose à la imposicion, no huviera avido mas determinacion, que para la venta. Y acaso en estos textos, juzgaràn los acreedores fundar su replica de si se avian alegado con expresion por Doña Inès Bazàn, cada vna de las nulidades de las escrituras, que es cosa muy distinta de la

que

que emos fundado sobre ello *supra n.* 61. porque las nulidades constan de los autos por los mismos instrumentos, y estàn deducidas en ellos, & procedunt ex eodem fonte, y por esso diximos que sobre ellas potest ferri sententia: y en los autos Eclesiasticos, fue la demanda contraria, y limitada solo à pretender la venta de las fincas. Con que si no huviera el allanamiento, desde donde empezò contra Don Juan Estevan la accion, no se procederia à la determinacion de mandarle obligar en la forma, que lo contuvo la executoria.

87 Y asi siendo tan diferentes las acciones intentadas en aquel juycio; pues como và referido, todo èl se siguiò sobre la obligacion, que avia de hazer Don Juan Estevan de Ollo, como heredero, correspondiendo la determinacion à obligarle, como tal, y no considerandole obligado por la escritura de compra del año de 1677. à que otorgasse la nueva, que otorgò el año de 1688. que se inserta en el testimonio de la executoria: y en este fundandose mas la casa de la Misericordia en la executoria para pedir se le gradue por el principal, y corridos, *aliud ergo videri tunc petitum, aliud nunc, adque ideo exceptionem rei iudicatæ cessare*, respondit Vlpianus. *in l. si mater.* 11. *§. si quis iter ff. de except. rei iudicat.*

88 Y de aqui se sigue, que restringida la accion como se debe à los terminos de la executoria, que fue vniversal por razon de heredero no se puede practicar la particular de obligado por la compra, aunque se funde en la doctrina que refiere Gibalino *de vnivers. negot. tom.* 2. *lib.* 5. *cap.* 2. *& art.* 2. *cap.* 1. *n.* 7. haziendo relacion à Antonio Fabro en aquella question, que huvo entre los Italianos, y Vltramontanos, que à los primeros estitit Bartolus inquiens: *vnicam esse generalem certi conditionem, per quàm certum petitur ex quacumque causa, vel contractu petatur.* Y que asi, siendo la condicion vniversal, se practicaba por exemplo, ò por especie en qualquiera caso, que se reducia à juycio. Quod per absurdum demonstrat Fab. *de error. pragmat. decad.* 83. *error.* 3. porque dize: *cum generalis sit conditio, nequit ad iuditium reduci, nisi dum exercetur, actio dirigatur adversus aliquam personam, & ad certam rem, & specialem causam restrin-*

K

tringatur , *ex mutuo* , *seu ex stipulatu* , *seu ex alijs.* Y avien do para cada cosa obligacion especial, sino se temiera la nulidad , sobraba la general ; y si en buena filosophia , non sunt multiplicanda entia sine necessitate ; assi sin ella , tampoco da el derecho multiplicidad de acciones , que no obsten à la cosa juzgada ; y à Doña Inès Bazàn no le puede obstar , mediante la posterioridad.

89 Vnde fluit : que estando probadas las nulidades de las escrituras , de los años de 1674. (que fue la venta de los bienes del menor) y de 1677. (que fue la compra) por no aver podido en la vna vender, ni en la otra comprar, con los cargos de obligar sus bienes avidos, y por aver , y calidades, que emos referido en el discurso del primer articulo , y probado assi mismo en el segundo la prueba de la dote , y augmento de ella, y en el tercero los privilegios , que le competen para la preferencia , y en este vltimo , que no le obsta la executoria del Eclesiastico , en que se funda la vltima escritura del año de 1688. de la nueva obligacion de Don Juan Estevan de Ollo ; tanto por no averse litigado con Doña Inès , estando ya constituida la dote tres años antes que se principiasse el pleyto, y ocho que se otorgasse, quanto por empezar la accion, en que se à fundado la casa de la Misericordia , y pueden fundar los demas legatarios desde las determinaciones de las sentencias Eclesiasticas ; espera Doña Inèes , que se declaren las nulidades de las referidas dos primeras escrituras , y que se à de preferir en todos los bienes avidos , y por aver de su marido; mandandole hazer pago en ellos, primero que à otro alguno de los acreedores salvo T. S. D. C.

Lic. D. Damian de Santa Cruz.